



山东省社会科学规划研究项目文丛·一般项目

RENQUAN ZHIDUHUA
YU FAZHI ZHUANXING WENTI YANJIU

人权制度化 与法制转型问题研究

王茂庆◎著



中国政法大学出版社

D90/513

广东省社会科学规划研究项目文丛·一般项目



KENQUAN ZHIDUHUA
YU FAZHI ZHUANXING WENTI YANJIU

人权制度化 与法制转型问题研究

王茂庆◎著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

人权制度化与法制转型问题研究 / 王茂庆著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-5620-4170-2

I. 人… II. 王… III. 人权-法的理论 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第027338号

- 书 名 人权制度化与法制转型问题研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 8.375 印张 195 千字
- 版 本 2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4170-2/D·4130
- 定 价 26.00 元
- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

目 录

Contents

导论 人权制度化时代	1
第一章 权利观念的兴起：人权制度化的前奏	10
第一节 权利与义务“一致性”的观念 / 10	
第二节 权利本位论的兴起 / 17	
第三节 人权观念的传播 / 21	
第二章 人权制度化：以立法为中心	33
第一节 “中心”之争：立法中心主义抑或司法中心主义？ / 34	
第二节 人权制度化的立法史考察 / 46	
第三章 人权制度化：以司法为中心	58
第一节 基本权利在法律解释中的地位 / 59	
第二节 从合宪性解释到宪法解释——以人权为理路 / 71	

第四章 人权制度化的基石：基本权利	89
第一节 作为人权制度化基石的基本权利 / 90	
第二节 基本权利的概念 / 94	
第三节 基本权利的体系 / 100	
第四节 基本权利的效力 / 112	
第五节 基本权利的实现 / 117	
第五章 人权制度化的形态：法制转型	124
第一节 法制现代化与法治国家 / 124	
第二节 法律观念的现代化 / 138	
第三节 法律制度的现代化 / 153	
第六章 财产权：人权制度化的一个例证	178
第一节 财产权的人权定格 / 178	
第二节 作为人权的财产权的制度化 / 194	
第三节 财产权的平等保护 / 206	
第七章 财政权的宪政分析	213
第一节 财政 / 214	
第二节 财政权 / 223	
第三节 财政宪法 / 233	
第四节 中国的财政立宪问题 / 241	
主要参考文献	254
后记	259

导 论

人权制度化时代

我们处在一个什么样的时代？

不同的学科会有不同的解读，都会从不同的角度把握当今时代发展演进的“脉搏”。哲学热衷于前现代、现代抑或后现代的研究，政治学则执著于专制、民主时代的探讨，法学关注的则是权利时代的来临。路易斯·亨金指出，人权是我们时代的观念，是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念，因此，我们的时代是“权利的时代”。^{〔1〕}科斯塔斯·杜兹纳则基于人权胜利的忧思，提出了我们处在一个“人权终结”的时代。^{〔2〕}夏勇主编的《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》从社会与法律互动的角度出发，揭示当代中国正处在“走向权利的时代”。^{〔3〕}任剑涛则明确提出了“权力时代”、“走向权利的

〔1〕〔美〕路易斯·亨金：《权利的时代》，信春鹰等译，知识出版社1997年版，“前言”部分第1页。

〔2〕〔美〕科斯塔斯·杜兹纳：《人权的终结》，郭春发译，江苏人民出版社2002年版，第399~408页。

〔3〕夏勇主编：《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》，中国政法大学出版社2000年版，第1页。

时代”、“权利时代”的三阶段。^[1]可以肯定地说,没有人会反对我们最终会步入权利时代的论断。但问题的关键是,如何步入这样一个时代?不论是哲学省思、政治学观察,还是社会学考察,都离不开点点滴滴的制度构建,离不开主体为权利而斗争和对权利时代的积极追求。徐显明指出我们处在一个“人权制度化的时代”。人权制度化是人权时代的必由之路,是当代中国面临的一项宏大而艰巨的“工程”。没有人权的制度化和制度的人权化,人权时代的“鼓”与“呼”只能是“画饼充饥”。西方国家历经数百年、集两次世界大战之教训,才达到目前人权保障的水平。我国自改革开放恢复民主法制以来仅有短短三十余年,接受人权的时间则更短。但在人权业已成为构筑国际关系基石的全球化时代,人权观念已经逐渐深入人心,“拿人权说事”不仅为民间所采用,也常被官方提起。我国加入了一系列重要的国际人权公约,作为人权理事会成员国在国际舞台上发挥着越来越重要的作用。随着国内人权保障水平不断提升,“人权大国”的国际形象逐渐确立。如果说“依法治国”尚存“以法治国”的阴影,那么“人权入宪”则为“依法治国”开辟了真正的法治坦途。在人权精神的“浇灌”、“滋养”下,中国特色社会主义法律体系已经形成。因此,人权制度化构成了人权时代的评价标准。概观这二十多年的人权制度化历程,我们

[1] 任剑涛在《权利的召唤》一书中,指出:“权力制约一切的时代,是一个握权者及其握权集团随意支配社会大众的时代,是一个特权的时代,是一个阉割了社会发展健全机制的时代,也是一个压抑的时代。走向权利的时代,则是一个打破或正在打破权力专断的时代,是一个充分肯定社会大众政治、经济、文化教育权利,肯定社会大众宗教信仰、言论、集合、结社、出版、示威、游行自由的权利时代”。参见任剑涛:《权利的召唤》,中央编译出版社2005年版,第1页。

完全有理由相信，只要我们用心去努力可以用较短的时间完成西方几百年才能完成的任务。

人权制度化的时代，首先是人权价值得到普遍认可的时代。人权观念的普及和人权价值得到普遍承认，是当今时代最显著、也是最深刻的社会变迁，在全球化、现代化的时代背景下，也是中国融入国际社会的标志。人权价值可以从两个层面来分析，一是人的本体价值，二是人权的工具价值。所谓人的本体价值，意指人的主体地位得到确定，人性得到张扬，人的尊严得到普遍承认，人成为价值判断的最终主宰。所谓人权的工具价值，意指人权作为实现人的主体地位的工具价值得到确认。也就是说，人权作为人的尊严和主体地位得到实现的制度和方案得以确认。因此，人权价值得到普遍承认，一是人的主体地位得到确立，二是人权的工具价值得到确认。值得注意的是，就前者而言，学界阐发得非常普遍，但对于后者的认识普遍不足。改革开放以来，我们对人的本体价值的承认，直接源于文革期间对人性尊严严重侵犯的痛彻骨髓般的记忆。现行《宪法》第38条明确规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”应该说，在过去的一段时间，我们尽管对人的价值越来越重视，人的主体地位逐渐张扬，但是，在政治和法律上都没有使用“人权”这个概念，很少从人权的角度来思考和分析我国的历史和现实问题。直到1991年，中国政府第一次发表了题为《中国的人权状况》白皮书，才正式肯定了“人权”的概念，并指出：“享有充分的人权，是长期以来人类追求的理想”。从此，我们开始借助于人权话语来阐释人的价值。话语转换的变革性意义是显著的，因为“人权”作为概念一旦被接受，便开启了实现其自身的过程。2004年通过的《宪法》第24条修正案规定：“国家尊重和保障人权。”把尊重和保障人权确定为一项宪法原

则，意味着整个法律制度体系的价值转型。“拿人权说事”成为当代权利话语的一道亮丽景观。但是，如果只看到人的本体价值，而看不到人权之于实现人的本体价值的工具价值意义的话，就会产生了一种所谓“人权泛化”的现象。一切似乎都可以和人权挂钩，都是为了人权的实现，以至于出现如此“吊诡”的现象：人权似乎成为人权侵犯的理由，人权自己在反对自己。之所以出现这种情形，原因在于，我们缺乏对人权作为一种制度和机制的理解，缺乏人权作为人的尊严实现机制或方案的把握。

人权的工具价值在于人权是人类利益、尊严、安全的实现机制或手段。换句话说，人类的尊严和安全是人权的基本内容，而人权只不过是实现它的机制、手段而已。可以想象，其实尚有其他实现人的尊严的机制和手段存在。在西方国家，伴随文艺复兴和人文主义启蒙浪潮的积极推动，再加上宗教改革运动的蓬勃发展，人的幸福、尊严无法再指望上帝，而只能依靠科学和理性，并最终诉诸人权。因此，针对中世纪封建专制提出来的“天赋人权”，伴随近代民族国家的诞生，便被规定进宪法之中，经过几百年的发展终于获得了保障。总之，人权是在西方文化背景下确立下来的实现人的尊严和安全的机制和手段。在东方中国，人们长久以来生活在封闭式的小农自然经济社会中，过着“天高皇帝远”的乡民生活，“国”即“家”的延伸，“家”即“国”的缩影，基于血缘的宗法伦理成为国家的基本法律准则。中国人在这样一种没有人权之工具价值发挥作用的状况下生活了两千多年。“中国制度传统不同于西方最为典型的特征，在于她不是以人权这一知识要素为出发点而展开、不是以人权为构造材料而型塑的。这一特征形成的最根本原因，在

于中国古人无需借助人权就可以过上一种人权较有保障的生活。”^{〔1〕} 换句话说，中国人依靠一种不同于人权的机制和手段尽力保有了人的尊严、安全。然而“不幸”的是，在当代全球化、现代化的互联网时代，市场经济打碎了过去那种以地域为界限、以血缘为纽带的“乡民社会”，当代的大多数中国人已经很难依靠过去的机制来保有人的尊严和安全了；与此同时，国家开始“发威”，逐渐演变成为强大的“利维坦”，它的“触角”已经深入到社会的底层，支配、控制了整个社会秩序。因此，当市场经济把过去“乡民共同体”打碎后，人们几乎被“分割”成一个个的没有纽带的“颗粒”或“碎片”。当人们茫然张望、手足无措时，一个强大的国家已经岿然屹立在他们面前。当中国人发现传统的人的尊严实现机制不能依靠而正在丧失之时，历来强调“和谐”的中国人也开始“争”了，与国家“争、斗”成为必然选择。^{〔2〕} 人权工具价值的确立恰恰是人权制度化的必要前提。

人权制度化的时代，其次是一个人权法律化、法律人权化的时代。人权工具价值的实现主要体现在人权的法律化与法律的人权化过程之中。只有借助于法律，人权才能具备人的尊严实现的工具属性。首先，人权作为一项应实现的道德权利，必

〔1〕 齐延平：“中国制度传统的知识与生活基础”，载《政法论坛》2005年第6期。

〔2〕 本书将作为人权的财产权与国家财政权的紧张关系选做人权制度化和法制转型问题的“注脚”。我们很容易发现，近年来涉“税”的问题总会引起社会和学界的普遍关注和讨论，比如，围绕企业所得税的统一、个人所得税法的改革、房产税是否征收、“税负痛苦指数”的纷争以及国家税收持续高速增长的担忧，等等。社会普遍呼吁“藏富于民”、减轻税负。国家开始意识到，开征一个新的税种变得越来越难。可以说，“争”、“斗”作为孕育人权的文化因子，在当下中国正在积极发育。

然展开其法律化的过程。当人权获得了法律的坚硬外壳，才能得到国家强制力的保障。其次，人权法律化、法律人权化之后，人权便具备了法律人权的形态。法律人权比道德人权更为明确、具体，更易于为权利主体所行使和享有，也更易为义务主体所自觉尊重。再次，人权法律化还有一个更为深层的意义，即国家对于人权之尊重和保障义务的承诺和宣告。徐显明教授指出：“权利不宣示，专横就无法消除，权力无限制，权利就无保障。……人权与权力的矛盾是相始终的，只要权力存在一天，人权的问题便存在一天，只要个人权利与国家权力还不是同一个东西，两种权利的矛盾就是永存的。”〔1〕现代国家均通过宪法权利进而由法律权利把权力这只“老虎”关进了“铁笼子”里，从而实现了人权的尊重和保障。没有人权的法律化和法律的人权化，权力控制便无从谈起，人权只能是“画饼充饥”。法律人权的权力控制意义构成了人权工具价值的核心内容。

人权法律化和法律人权化的程度主要取决于一国的经济、政治、文化、传统等因素。但从逻辑上分析，人权的制度化过程首要的是从人权到宪法基本权利的转化，基本权利构成了人权制度化的基石。有学者指出，从人权到基本权利需要四个限缩：“一是从普适道德权限缩为民族国家内部的权利；二是从具有普遍道德效力的权利限缩为法律秩序内的制度化权利；三是从内涵各种现实可能性的权利转变成具有科学知识品质的权利；四是从抽象的普适价值限缩为具有特定文化背景的价值相关的实证权利。由此形成的基本权利，不仅仅是规定于法律文本之上的条文，而且还是合乎人权标准的实证权利，此外，还是通过科学共同体来加以专业指引的、在特定文化背景下具有特定

〔1〕 徐显明：“论人权的界限”，载《文史哲》1992年第6期。

社会效力的权利”。^{〔1〕}基本权利就成为人权在一国的理性科学化、习俗化和制度化。在此基础上,人权的法律化过程还需要一个从基本权利到法律权利的过程。我们知道,为法律所具体化的权利在性质上属于法律权利,它与基本权利是两种不同性质的权利。基本权利是母权利,法律权利是子权利。一个宪法权利往往派生出一个法律权利群,当每一个宪法权利都生出各自的法律权利群时,就构成了一个国家庞大的权利体系。“从宪法权利中派生出法律权利主要是议会的任务,但有时除了立法机关外,司法机关也可能承担这一职责。”^{〔2〕}但是,不论是议会还是法院,它们从宪法权利中派生出法律权利时,都是为了使宪法权利能够在现实生活中真正得到实现。因此在由人权而基本权利再法律权利的具体化、明确化过程中,可能出现对权利的必要限制。但是,这种限制是有前提的,即不得与宪法原则和宪法规则相违背。

人权制度化时代,再次是一个人权得到制度化保障的时代。我们注意到,有不少学者对当代中国“权利时代”的论证大多是采取例证式的策略,即列举在国内有影响的执著于权利主张的典型个案,来说明权利观念和实践已经深入人心,并推断出当代中国已经处于或者正在走向权利的时代。无疑,这种论证策略是有问题的。因为,与此相反,还有大量的侵犯人权或者权利的事例,甚至更多的时候人们选择忍气吞声,而不是奋力抗争,这岂不证明当代中国尚远离人权时代?因此,把法定与事实连结起来的机制才是一国人权状

〔1〕 张龔:“论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景”,载《法学家》2010年第6期。

〔2〕 马岭:“宪法权利与法律权利:区别何在?”,载《环球法律评论》2008年第1期。

况最合理全面的证据，所以制度性人权才是所有人权研究最终应归之于一的人权。^{〔1〕} 在我们看来，所谓人权保障的制度化，人权的法律化和法律的人权化仅仅是第一步，立法者将人权的“种子”播撒到了法律的“土壤”之中，但是，人权的“种子”能否“生根、发芽、结果”，还需要司法的积极“培育”。因此，借由司法并有律师积极“协助”才是人权保障制度化的常态化机制。没有司法的公正，人权必然是空谈。在我们看来，人权制度化的历史“舞台”先后出现了三个“主角”。第一个“登场”的是立法者，这时候是所谓“立法中心主义”的时代，立法者处在“舞台”的中心，法官唯立法者马首是瞻，法学者的角色就是从事立法学研究，为立法者分忧解难。当大规模立法任务完成后，第二个“主角”——法官“登场亮相”了，这时候是所谓“司法中心主义”的时代。众所周知，法官的法律解释权得到承认，甚至法官造法被默认，法学者主要专注于法解释学而不是立法学研究，为法官公正裁判建言献策。这是因为司法之于人权保障的重要意义是不言而喻的。按照黑格尔的观点，司法是跨越了国家和社会的，它既不属于国家，也不属于社会，是一个在国家和社会之间予以履行纠纷裁断的机关，是沟通政治国家和市民社会的一个非常重要的途径和方式。如果司法完全“臣服”于国家，人权保障便无法期待。目前，法学界对于司法的人权保障功能的认识和阐发还很不够。在本书中，我们将积极阐发司法之于人权保障的法理。立法者、法官还未“退场”，“舞台”的第三个“主角”“闪亮登场”了，这个“主角”就是律师。联合国《关于律师作用的基本原则》

〔1〕 徐显明：“走进人权的制度化时代”，载齐延平：《人权与法治》，山东人民出版社2003年版，序第2页。

明确规定“鉴于充分保护人人都享有的人权和基本自由，无论是经济、社会和文化权利或是公民权利和政治权利，要求所有人都能有效地得到独立的法律专业人员所提供的法律服务”。我国现行《律师法》将律师定义为“为社会提供法律服务的执业人员”，意味着中国律师职业的民间性。惟有律师才有条件和能力担当起人权保障的重任，然而，现实是，这种期待的普遍实现距离我们还很遥远。

总之，我们必须紧扣人权制度化的主题，才能把握当今的时代变迁和法制转型。我们正处在人权制度化的时代。

第一章

权利观念的兴起：人权制度化的前奏

在当代国人的心目中，权利这个词汇所包含“权衡利弊”的狭隘成分正逐渐消失，其“正当性”的内涵逐渐集聚，为权利而斗争越来越被视为正当的行为，这主要得益于权利观念在当代中国的兴起，而权利观念的兴起恰恰构成了人权制度化的前奏。应该说，权利观念在当代中国短短的几十年间正经历着复杂而剧烈的变迁过程。权利与义务一致性的观念来源于马克思的经典著作，并被现行宪法确认为一项宪法原则，对当代中国法制产生了十分深远的影响。在 20 世纪 90 年代，“权利本位论”一经提出就在法学界迅速传播开来，它不仅极大地促进了法学理论的发展，而且有效地推动了当代中国法制现代化的进程。近年来，人权观念的迅速普及极大地更新了民众的权利观念，并开启了型构我国法治的历史。

第一节 权利与义务“一致性”的观念

从马克思在《国际工人协会章程》中提出“没有无义务

的权利，也没有无权利的义务”、号召工人阶级组织起来争取消灭阶级特权，到我国1982年《宪法》确认公民权利与义务“一致性”原则，权利与义务的“一致性”观念（以下简称“一致性”观念）经历了由理论到实践的百年历程。当代中国法学家大都把权利与义务“一致性”视为马克思主义法学理论的重要内容和社会主义法制实践的显著特征。“一致性”观念在一定程度上成为社会主义法意识形态的典型代表和集中反映，并已经凝练为当下中国法制建设和人权实践的“新传统”。我们不能不反思，在“国家尊重和保障人权”已载入宪法的权利时代下，权利与义务的“一致性”的观念经历了怎样的发展过程？当它遭遇“权利本位论”、人权观念时又意味着什么？

权利与义务的“一致性”观念最早是由宪法学界提出并阐述的，并被视为当代中国宪法学家对宪法理论的独特贡献。在国内，李光灿、吴家麟等老一辈法学家都较早论述了权利与义务的“一致性”问题，都明确指出“一致性”作为我国公民权利与义务的一个基本特点，体现了社会主义本质。1956年，李光灿先生在对“五四宪法”第三章“公民的基本权利与义务”进行解读时^{〔1〕}，就提出了权利与义务“一致性”问题，并做了初步界定：“这种权利和义务的统一，是建筑在我们国家和人民的根本利益一致的基础上的，它反映了人民民主国家同每一个公民的利益一致、休戚相关的关系。在我国，人民的权利和义务是分不开的，不是一部分人专享有特权另一部分人光尽义务，

〔1〕 1954年《宪法》将公民的基本权利与义务合并规定的做法，被1975年《宪法》、1978年《宪法》，以及1982年现行《宪法》所继承。尽管“公民的基本权利和义务”一章在每部宪法中的位置有所不同，但都把“基本权利”与“义务”合并规定，其内在理据就是权利与义务的“一致性”观念。

而是每一个公民同时既享受权利又履行义务。”^{〔1〕} 因此,“我国宪法关于公民权利和义务的规定,……把国家赋予公民的权利和义务的事实、我国公民的权利和义务的一致性的事实、我国公民权利的广泛性和有保证地在逐步扩大的事实,用法律的形式把它固定下来的结果”。^{〔2〕}

如果说“一致性”观念在前三部宪法中隐藏在宪法条文背后的话,那么,1982年现行《宪法》则直接、明确地将权利与义务的“一致性”规定为一项宪法原则了。^{〔3〕} 张友渔先生对现行宪法确认公民权利与义务一致性的原则,给予了高度评价:“宪法确认公民权利和义务一致性的原则,有着重大的现实意义和深远的历史意义”。^{〔4〕} 根据张友渔先生的解释,这一宪法原则在宪法中的具体体现为:第一,任何一个公民,有权利就有义务,行使权利就要履行义务。现行《宪法》第33条第4款明确规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”第二,民主自由权利的行使,不是漫无限制的。现行《宪法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”此外,宪法对基本义务的规定、宪法关于基本权利的“但书”规定,都体现了权利与

〔1〕 李光灿:“我国公民的基本权利与义务”,载《李光灿法学文集》,南开大学出版社1987年版,第6页。

〔2〕 李光灿:“我国公民的基本权利与义务”,载《李光灿法学文集》,南开大学出版社1987年版,第157~158页。

〔3〕 张友渔:《公民的基本权利与义务》,天津人民出版社1987年版,第27~36页。

〔4〕 张友渔:《公民的基本权利与义务》,天津人民出版社1987年版,第30页。